

ASPECTOS DA DEFINIÇÃO E OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ASPECTS OF THE DEFINITION AND THE OBJECT OF THE WRIT OF NONCOMPLIANCE OF FUNDAMENTAL CLAUSES

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO: 1. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: inovação da Constituição de 1988 – 2. As atribuições do Supremo Tribunal Federal, guarda natural da Constituição – 3. O STF na observância dos preceitos basilares – 4. O STF como instrumento para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público – 5. A “argüição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n.º 9.882/1999, em debate.

RESUMO: Este artigo discute a natureza, os limites e as possibilidades desse recurso extraordinário introduzido na Constituição de 1988 (§ 1.º do art. 102) que, ao lado de outros, compõe o sistema de medidas judiciais, perante o STF, de controle concentrado de constitucionalidade, destinado, em sua especificidade, a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Controle abstrato de constitucionalidade, Argüição incidental, incidente de inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article discusses the nature, the limits and the possibilities of this extraordinary appeal, introduced in the Constitution of 1988 (§ 1 of art. 102), which, along with others, composes the system of judicial remedies, at the Federal Supreme Court (STF), for concentrated control of constitutionality, specifically aimed at avoiding or repairing a violation of a fundamental doctrine resulting from an act of the government.

KEY WORDS: Action for Noncompliance with a Fundamental Doctrine, Abstract control of constitutionality, Incidental argument, Nexus of unconstitutionality.

1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental: inovação da Constituição de 1988

A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a teor do § 1.º do art. 102 da Lei Maior, é inovação introduzida pelo constituinte de 1988, ao lado da ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º), compondo com a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual (CF, art. 102, I, *a*) e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, criada pela Emenda Constitucional 3, de 1993, que deu nova redação ao art. 102, I, letra *a*, da Constituição, o sistema de medidas judiciais, perante o Supremo Tribunal Federal, de controle concentrado de constitucionalidade vigente entre nós.

É, destarte, a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento judicial de competência originária do Supremo Tribunal Federal e processo de natureza objetiva.

Clèmerson Merlin Clève, referindo entendimento de José Afonso da Silva, ao relacionar a arguição com o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), anota: “Este parece ser o melhor caminho. A *Verfassungsbeschwerde* não pode, porém, sem mais, ser transplantada para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugna decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei deverá conferir à arguição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão” (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1995, p. 277).

Elival da Silva Ramos, a seu turno, diante do veto oposto pelo Presidente da República ao inciso II do art. 2.º do Projeto de Lei 17/99, que admitia a propositura da arguição por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” e “remanescendo, em sede de legitimação para agir, apenas os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade (inciso I)”, observa que “não há dúvida de que se confinou o instrumento ao âmbito de um *contencioso objetivo*, tendo por finalidade o controle da constitucionalidade de atos do Poder Público, em face de preceitos ditos fundamentais da Carta Magna”. E acrescenta: “Ademais, não vemos de que modo, à luz das disposições da Lei n. 9882/99, possa a arguição atuar como um recurso, propriamente dito. (...). A configuração atribuída ao instituto pelo legislador infraconstitucional permite, sem sombra de dúvida, sua utilização como ação autônoma, destinada à declaração de invalidade de atos do Poder Público atentatórios a preceitos fundamentais da Constituição (...)” (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto*, apud André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 115).

De outro lado, se é certo, em princípio, que a competência do Supremo Tribunal Federal está definida, na Constituição Federal, e se tem entendido que o legislador ordinário não pode acrescê-la ou reduzi-la, não é menos exato, na espécie, que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição” nela foi prevista em um dos parágrafos, precisamente de seu art. 102, em que enumeradas, de forma geral, as competências da Corte (parágrafo único, na redação original de 1988; § 1.º, na redação atual

introduzida pela Emenda Constitucional 3, de 17.3.1993, quando se criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, na redação do § 2.º que passou a ter o art. 102). Estipulou-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Deferiu, assim, o constituinte ao legislador ordinário a disciplina do novo instituto concebido pelo sistema da Carta Política de 1988.

O constituinte quis instituir ação autônoma de defesa da Constituição, tendo presente, no Estado de Direito Democrático, então definida na nova ordem constitucional, a especial significação de que se reveste a salvaguarda dos “preceitos fundamentais” da Lei Magna. Fê-lo, entretanto, o constituinte em “norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, definidora de princípio institutivo”, na classificação de José Afonso da Silva, em sua *Aplicabilidade das normas constitucionais*; “a possibilidade de aplicação integral da norma constitucional, com base na criação do instituto, ficava diferida, condicionada à integração legislativa” (apud Walter Claudius Rothenburg, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n. 9.882/99, São Paulo, Atlas, 2001, p. 199). Referindo-se ao que, na Constituição, se estabeleceu, quanto ao instituto, Celso Ribeiro Bastos, em *Comentários à Constituição do Brasil*, 1988, v. 4, t. 3, p. 237, anota: “Pode-se concordar que o objeto desse instituto seja a defesa de preceito fundamental. (...). Sabe-se o órgão competente a examinar essa argüição: o Supremo Tribunal Federal. Sabe-se, finalmente, que essa excelsa Corte será provocada por uma argüição de descumprimento. O resto é remetido à Lei. Mas é evidente que acaba restando nas mãos desta um

campo excessivamente livre, dentro do qual atuará e que, afinal, será esta lei que constituirá o perfil final do instituto. É certo, ainda, que deverá o legislador obviamente procurar um terreno ainda não coberto pelo nosso amplíssimo sistema de controle de constitucionalidade das leis. Aguardemos que o legislador futuro seja imaginativo e venha a transformar o instituto esboçado num sistema útil para a defesa da Constituição”.

2. As atribuições do Supremo Tribunal Federal, guarda natural da Constituição

De fato, a lei a ser editada para tornar definitivos os contornos do instituto constitucional em referência e assim viabilizar sua aplicação haveria de ter presente, a teor do § 1.º do art. 102 da Constituição, desde logo, o juiz natural para o processo e julgamento da medida judicial aí prevista, qual seja o Supremo Tribunal Federal, bem assim a definição do limite de sua aplicabilidade adstrito à proteção dos “preceitos fundamentais” decorrentes da Constituição, eis que cabível a argüição cogitada em hipótese de descumprimento de preceito fundamental resultante da ordem constitucional estabelecida.

De outra parte, não assentado, em norma expressa da Constituição, o conceito de “preceito fundamental” dela decorrente, cumpria entender fora da disciplina da legislação infraconstitucional sua definição e, assim, não abrangida na cláusula “na forma da lei”, constante da parte final do dispositivo maior referido.

Com efeito, guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como *preceito fundamental*, cujo

desrespeito pode ensejar a arguição a que se refere o art. 102, § 1.º, da Constituição. Nesse sentido, anota o Ministro Oscar Dias Corrêa, em *A Constituição de 1988, contribuição crítica*, 1. ed., Forense Universitária, 1991, p. 157: “Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua descrição indicá-los”. Noutro passo, observa: “Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos” (op. cit., p. 157).

Nessa mesma linha, escreveu Celso Ribeiro Bastos, que, ainda, acrescenta, em sua

enumeração, “a proteção à criança, à velhice, aos menos afortunados” (op. cit., p. 235).

3. O STF na observância dos preceitos basilares

Releva, já neste plano de apreciação da matéria, anotar, porém, que, conquanto ao Supremo Tribunal Federal incumba reconhecer a qualificação de certa norma constitucional como “preceito fundamental”, aos fins do art. 102, § 1.º, da Carta Política, não é de ter-se como admissível a “arguição de descumprimento” para verificar a inobservância a qualquer dispositivo da Lei Maior, mas, qual observaram Celso Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, “tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma” (apud A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória, *Revista Jurídica Virtual*, n. 08, p. 1, jan. 2000). Ademais disso, de explícito, o § 1.º do art. 4.º da Lei 9.882/99 estipulou não ser cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”, regra que está a merecer especial estudo, no que concerne à sua compreensão, em ordem a não se limitar demasiadamente o âmbito de utilização de tão importante meio de defesa da Constituição.

4. O STF como instrumento para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público

Concebida como instrumento novo de controle abstrato de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1.º) haveria de definir-se, assim, no seu objeto, como medida judicial distinta das demais. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade

dade tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade apenas lei ou ato normativo federal, em ambos os casos, em confronto com qualquer norma da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade por omissão concerne a “medida para tornar efetiva norma constitucional”, a argüição de descumprimento colima, de forma específica, proteger preceito fundamental decorrente da Constituição.

Compreendo, desse modo, que o legislador ordinário, no cumprimento da atribuição que lhe conferiu o constituinte (CF, art. 102, § 1.º, *in fine*), podia definir, como o fez, no art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/99, o objeto da argüição de descumprimento: “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Se a Constituição (art. 102, § 1.º) quis criar instrumento especial de proteção aos preceitos fundamentais dela decorrentes, força é emprestar efetividade a dita regra maior, admitindo-se que esse instrumento judicial especial deva estar a pronto serviço de prevenção ou reparação de violência ou lesão a esses preceitos básicos, quando provenientes de ato do Poder Público, quer de ato concreto e não só normativo, quer se trate de qualquer autoridade ou órgão de qualquer unidade da federação (CF, art. 18). Não procedeu o constituinte, em se cuidando de defesa dos preceitos fundamentais da ordem constitucional, a limites quanto à origem do Poder Público de que proveniente o ato de violência ou ameaça a eles, ou omissão quanto aos mesmos, tal como definiu o objeto da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, que se restringem a lei ou ato normativo federal ou estadual no primeiro caso e apenas a lei ou ato normativo federal na segunda hipótese.

Nessa linha, observou o professor André Ramos Tavares:

“Os instrumentos presentes no direito constitucional pretérito não eram suficientes para abarcar todas as violações à Constituição. Ademais, a argüição emerge como instituto confeccionado especificamente para conferir proteção aos preceitos fundamentais, destacando-os daquela proteção realizada para as demais normas constitucionais. Bem a compreendeu Ferreira Mendes ao ponderar que a nova ação ‘introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade’. E, ainda, de maneira enfática, sublinha o autor: ‘O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade’.

O legislador, ao regulamentar o instituto, não poderia pretender negar-lhe sua situação constitucionalmente delineada. Seu cabimento está predefinido pela Constituição. E esse delineamento, não há dúvida, forçou os contornos do campo da ação direta, tal como era compreendida até o advento da Constituição de 1988” (Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei., *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 44-45).

Noutro passo, escreveu André Ramos Tavares (op. cit., p. 76), *verbis*:

“Se é verdade que os sistemas de controle de constitucionalidade não são sistemas completos, deixando sempre certa dimensão dos atos estatais e a totalidade dos atos privados à margem de qualquer controle concentrado, também não é menos certo que a

tendência é a de englobar a maioria das espécies de atos estatais dentro das fórmulas de controle, especialmente quando se averiguar a contradição com normas constitucionais essenciais.

Daí a inserção das leis e atos normativos de índole municipal, controle que, no particular, acaba assumindo maior relevância ainda quando se lembra ser o controle da constitucionalidade também uma fórmula de preservação do federalismo. Se as leis federais e estaduais podem ser controladas do ponto de vista da violação do sistema federativo de partilha de competências, é inaceitável que as leis municipais estejam fora deste controle concentrado”.

Não é de ver, pois, no art. 1.º, *caput*, da Lei 9.882/99, na *arguição preventiva* (“evitar lesão”) ou na *arguição repressiva* (“reparar lesão”), qualquer excesso do legislador ordinário, no exercício da atribuição normativa que lhe conferiu o constituinte, ao definir esse objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.

5. A “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n.º 9.882/1999, em debate

Examino, a seguir, a segunda parte do *objeto* da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, assim como prevista no inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, *verbis*:

“Art. 1.º (...)

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Na formulação do dispositivo transcrito, compreende-se a existência, extrajudicial ou judicial, em qualquer instância, de *processo* no qual haja relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Com a significação, pois, de *incidente de inconstitucionalidade* seria a “controvérsia constitucional”, quando presente em processo, submetida ao Supremo Tribunal Federal, sob a forma de arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ut* art. 102, § 1.º, da Constituição, por quem, a tanto, legitimado ativamente.

Na “arguição autônoma”, do *caput* do art. 1.º do diploma em exame, diferentemente da “arguição incidental” ou da via incidental de arguição (art. 1.º, parágrafo único, inciso I), o elemento de referência é “ato do Poder Público”, prescindindo-se, assim, da prova da existência de controvérsia constitucional relevante extrajudicial ou de controvérsia constitucional acerca de preceito fundamental estar deduzida em processo judicial em curso, bem como de resultar a ameaça ou violência a preceito fundamental de comando contido em lei ou ato normativo, podendo cuidar-se de mero ato concreto do Poder Público.

Na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 1.º em exame, é de admitir, destarte, se colime que o STF antecipe, originariamente, em se cuidando de processo em curso, do deslinde da questão constitucional prévia, com o que se afastaria a necessidade de o feito percorrer as instâncias ordinárias, para que a mesma Corte Suprema viesse, por fim, a pronunciar-se,

em definitiva decisão sobre o tema constitucional, no âmbito de recurso extraordinário, ou mesmo em recurso ordinário, se for o caso. Esse *decisum* prévio acerca da controvérsia constitucional seria um antecedente lógico para o julgamento de fundo do processo na instância de origem. Subtrair-se-ia, destarte, segundo corrente contrária à norma, controvérsia constitucional do juiz natural para dela conhecer *incidenter tantum*. Além disso, se concedida a liminar, pela maioria absoluta dos membros do STF, a teor do previsto no § 3.º do art. 5.º da Lei 9.882/99, essa decisão poderia consistir “na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo as decorrentes da coisa julgada”.

Bem de entender é, pois, desde logo, que, na hipótese de *processo em curso*, o procedimento não guarda pertinência com a previsão constitucional do art. 102, § 1.º, do Estatuto Maior. Esse instrumento – “incidente de inconstitucionalidade” –, que já não lograra ser aprovado na Revisão Constitucional de 1994, também não obteve sucesso na Câmara dos Deputados, no Projeto de Emenda Constitucional 96/92 (Reforma do Judiciário), tendo sido proposto, no Substitutivo do Deputado Jairo Carneiro ao referido Projeto, dispositivo que passaria a constituir o § 5.º do art. 107 da Constituição, nestes termos:

“Art. 107. (...)

(...)

§ 5.º Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição,

e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1.º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no *caput* deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional”.

Verifica-se, dessa maneira, que as tentativas de introdução do referido mecanismo no sistema constitucional brasileiro têm sido feitas, *por via de emenda constitucional*. É que, em realidade, diz, imediatamente, com acréscimo na competência do Supremo Tribunal Federal, quanto a processo de índole objetiva, e altera o devido processo, retirando a controvérsia constitucional de seu juiz natural (CF, art. 5.º, LIV), com evidente reflexo no sistema de controle difuso de constitucionalidade.

Defendendo a validade da regra do inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, o professor André Ramos Tavares anotou (op. cit., p. 76):

“Por fim, cumpre acentuar que a legislação integradora da vontade constitucional, além de regulamentar a argüição ‘autônoma’ dentro da discricionariedade que lhe foi conferida pela norma constitucional, revelou outra modalidade de argüição, de caráter incidental. Poder-se-ia objetar que se trata de uma criação da lei e, por isso, inconstitucional. Ocorre que essa modalidade atende aos objetivos constitucionais presentes na própria natureza da argüição: seu afloramento como principal via de controle do acatamento da Constituição pelos atos estatais”.

Na mesma linha de defesa do dispositivo legal, escreveram Celso Ribeiro Bastos

e Alexis Galiás de Souza Vargas, em Preceito fundamental e a advocatória, *Correio Braziliense*, Brasília, 26 jun.2000, Caderno Direito e Justiça, *verbis*:

“Entretanto, difere-se, em muito, da antiga *advocatória*, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle de constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, com a qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado de sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão-somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional mediante a arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição. O Judiciário brasileiro já deu demonstrações de que pode ser assaltado por situações que o colocam em verdadeiro caos, onde várias decisões têm condições de prevalecer, mesmo sendo contraditórias entre si. Isso não pode ser admitido diante de preceitos fundamentais, sob pena de ruir todo o ordenamento a que dão sustentação. O sistema estava carente de um mecanismo que lhe confe-

risse mais racionalidade e segurança, para melhor servir ao cidadão. Um mecanismo que nos aproxime da aplicação integral da Carta Magna”.

Gilmar Ferreira Mendes (*RJ-IOB* 4/2000, texto 1/14441, p. 111) traça, por igual, avaliação positiva da Lei 9.882/99, *verbis*:

“O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da *interpretação autêntica* do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional, em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida, pela nova lei, é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimida-

de de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais”.

Em realidade, não se trata, na providência referida no inciso I do parágrafo único, do art. 1.º da Lei 9.882/99, decerto, de avocação de processo em curso em instância inferior, para que o STF julgue a causa, em seu mérito, em que se discuta a aplicação de lei ou ato normativo cuja relevância da controvérsia constitucional esteja a justificar o conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. O que se traria, desde logo, ao STF é o litígio de constitucionalidade, em abstrato, da lei ou ato normativo, não obstante já esteja ele instaurado em concreto e assim em curso em instâncias inferiores. Pretender-se-ia, então, suspenso o andamento do processo no juízo de origem, de forma mais expedita e em termos definitivos, que a Corte, a quem cabem a guarda da Constituição e o pronunciamento derradeiro sobre a validade da norma ou os limites de sua incidência válida, conheça dessa controvérsia, desde que venha a tê-la como relevante à ordem constitucional, e lhe confira a solução ditada pela Lei Magna, da qual é intérprete maior, pacificando-se, em âmbito nacional, em princípio, o dissídio ou a dúvida que existam, acerca da matéria constitucional tida por relevante, em instâncias inferiores do Poder Judiciário. Com isso, tornada definitiva a decisão do Poder Judiciário sobre o tema constitucional em discussão, por intermédio da Suprema Corte, evitar-se-ia se prolonguem, no tempo, com pre-

juízo à Justiça, as dúvidas ou dissidências sobre a constitucionalidade da norma, com autêntico tumulto nos Juízos e Tribunais que houverem de aplicá-la, diante do volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema de sua validade. Resguardar-se-ia, de outra parte, de pronto, a incolumidade da Constituição. É exato, no ponto, que das divergências têm resultado, ademais, centenas e, por vezes, milhares de processos sobre a mesma matéria, que tramitam, desnecessariamente, por Juízos e Tribunais, até o Supremo Tribunal Federal, com evidente prejuízo à administração da Justiça, pela inutilidade do trabalho repetitivo que se realiza e pela perda de tempo – trabalho e tempo que bem poderiam ser destinados ao exame de feitos de outro conteúdo, em processos diversos.

Em que pese, assim, a efetiva e indiscutível importância da providência prevista no inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, e possa constituir instrumento que contribuiria, de forma mais expedita, para a segurança das decisões relevantes de fundo constitucional, com o imediato e definitivo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, compreendo, entretanto, como já registrei acima, que o § 1.º do art. 102 da Constituição não empresta suporte ao que se define no inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, como objeto também da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em se tratando de controvérsia constitucional relevante oriunda de processo em curso em instância inferior, não se comportando, pois, nos limites da autorização do constituinte, a criação, *por via legislativa*, da referida “argüição incidental”.

De observar, ademais, é que a generalidade da formulação do inciso I do parágrafo único do art. 1.º do diploma em análise não restringe a “controvérsia constitucional relevante” apenas sobre aplica-

ção de “preceito fundamental” decorrente da Constituição, com o que não se limitaria ao âmbito do § 1.º do art. 102 da Lei Maior.

De outra parte, mais profunda dificuldade para a solução legislativa pretendida, *ex vi* do inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei em causa, ainda, se põe, acen tuando a necessidade de emenda constitu cional a tanto.

De fato, a “arguição incidental” tem como consequência imediata repercutir no *controle difuso* que se vem operando no juízo ou tribunal de origem, onde, em processo judicial, se faz presente a controvérsia constitucional relevante, acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, a ser objeto, então, do *controle concentrado* de que trata a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no STF, a teor do § 1.º do art. 102 da Constituição. Interditada-se, no ponto, o ofício do juízo ou tribunal, onde processado o feito, e devolve-se a controvérsia constitucional existente ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Penso que, *sem autorização constitucional*, tal mecanismo não pode ser acionado perante o STF, com os efeitos previstos inclusive no § 3.º do art. 5.º, quanto à liminar se concedida, e no art. 10, de referência à decisão definitiva. A competência do Supremo Tribunal Federal, em se cogitando de medida judicial, há de estar expressa na Constituição ou compreendida em uma das regras constitucionais de sua competência, o que, na espécie, entendo não ocorrer com a denominada “arguição incidental”, diante do enunciado do § 1.º do art. 102 da Lei Magna.

Ora, se assim é, releva, ainda, ter presente o que, a esse respeito, escreveu o Procurador do Estado de São Paulo, Elival da Silva Ramos, op. cit., p. 118:

“O incidente de inconstitucionalidade, tal qual adotado em inúmeras

Constituições da Europa continental, integra-se ao sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis, sendo suscitado em processos em que, enquanto questão prejudicial, surja uma discussão acerca da higidez constitucional de determinado ato legislativo, instaurando-se, então, o incidente, com a remessa dos autos à Corte Constitucional para, exclusivamente, decidir sobre a matéria, restituindo-os, depois, para o prosseguimento do feito submetido à jurisdição comum. A decisão do órgão de controle, no caso dos países europeus a Corte Constitucional, importa, eventualmente, na aplicação de sanção relativamente ao ato legislativo questionado, anulando-o com eficácia *erga omnes*, podendo-se afirmar, com tranquilidade, que a lei, objeto do incidente, é considerada *em abstrato*, a despeito de serem sopesadas as circunstâncias fáticas subjacentes, inclusive aquelas descritas nos autos.

Em suma, pelas razões já anteriormente apontadas, tendo-se em conta a necessidade de previsão constitucional expressa para que se possa admitir, entre nós, o controle em abstrato de normas legislativas, em confronto com princípios e normas constitucionais, não é admissível conceber a arguição de descumprimento de preceito fundamental como um incidente de inconstitucionalidade, tendo por objeto normas legais gerais, abstratas e vigorantes, à feição do que ocorre alhures, em sistemas de jurisdição constitucional concentrada”.

Alexandre de Moraes, em seus Comentários à Lei 9.882/99 (apud *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n. 9.882/99, p. 21), anotou, com inteira propriedade:

“Essa hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 9882/99, distancia-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

O texto constitucional é muito claro quando autoriza a lei o estabelecimento exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado”.

Explicando procedimento dessa natureza em países nos quais não opera sistema de controle difuso de constitucionalidade, Mauro Cappelletti escreve (*O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1992, reimpresso 1999, p. 109), *verbis*:

“Como é sabido, tanto na Itália como na Alemanha, vale, tal qual na Áustria, a proibição aos juízes comuns

(cíveis, penais, administrativos) de efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois países. Contudo, na Itália, como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida esta, *com eficácia vinculatória*. Em síntese, todos os juízes superiores são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade”.

Do exposto, considerando inviável – embora, *de lege ferenda*, da maior significação – a instituição de “incidente de inconstitucionalidade”, *por via legislativa*, eis que tal há de ocorrer mediante emenda constitucional, entendo que não cabe admitir, na formulação ampla do inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, a hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental, em se cuidando de controvérsia constitucional relevante deduzida em processo judicial em curso, com reflexo neste, inclusive diante da previsão de cautelar constante do § 3.º do art. 5.º da Lei em análise.

Com isso, não tenho, entretanto, como inútil o inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, ao estipular que cabe argüição de descumprimento de preceito

fundamental, também, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. É que, em realidade, desde que não repercuta, *em concreto*, sobre processo judicial então em curso, cabe a propositura da arguição de descumprimento, como arguição autônoma, demonstrando-se existir controvérsia constitucional relevante, decorrente de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *acerca de preceito fundamental da Constituição*, cumprindo, em decisão do STF, como prevê o art. 10 da Lei em apreço, serem fixadas “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, com a eficácia prevista no § 3.º do mesmo art. 10.

Desse modo, penso que é de conferir ao inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, interpretação conforme à Constituição, *excluindo de sua compreensão a controvérsia constitucional relevante relativa a processo judicial, já em curso*, evitando-se, destarte, se converta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com base nesse dispositivo legal, em autêntico e concreto “incidente de inconstitucionalidade”, com imediata repercussão em processo judicial em andamento, em instância inferior, o qual estaria sendo criado, assim, por via legislativa, o que não é de admitir.

Em decorrência desse entendimento, quanto ao inciso I do parágrafo único do art. 1.º, aludido, entendo, desde logo, que não é de ter-se como constitucional o § 3.º do art. 5.º da mesma Lei, que guarda íntima vinculação com a “arguição incidental” acerca de *controvérsia constitucional existente em processo judicial em curso*, que excluo da abrangência do inciso I do

parágrafo único do art. 1.º em foco. Dispõe a norma referida:

“Art. 5.º (...)
(...)”

§ 3.º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

O dispositivo, à evidência, guarda correlação com a hipótese de “incidente de inconstitucionalidade”, repercutindo no processo judicial em andamento, para suspender seu curso, o que tenho por inviável, mediante autorização meramente legislativa.

Decerto, essa conclusão não repercute sobre a norma geral do art. 5.º, *caput*, em que se prevê que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já se firmou, no particular, a compreensão de que o poder de deferir cautelar é ínsito ao exercício da função jurisdicional, não se fazendo, assim, necessária regra constitucional explícita a prevê-lo, no controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, a decisão na ADC-4, tendo em conta não prever a Emenda Constitucional 3/93, que introduziu, em nosso sistema constitucional, a ação declaratória de constitucionalidade, a concessão de liminar.

Desse modo, também, na espécie, não caberia reconhecer inconstitucionalidade na previsão do art. 5.º, *caput*, da Lei 9.882/99.